20



POR IVAN MARTINEZ DE ARRIOLA, COMO MARIDO DE D. LVZIA DE ALZATE

Hija y Heredera de Domingo de Alçate: Y por el Patronato de Don Aluaro Ponce: Y por D. Mariana Rodriguez: Y por los Herederos de D. Christoual de la Puebla:

EN EL PLEYTO CON LOS ACREEDORES DEL GENERAL

Iuan de Vribe Appallua, y D. Maria de Oçaeta su muger, y el Maesse de Campo D. Iuan de Vribe.

EN RESPVESTA

Del Papel que ha dado la parte del señor Don Gregorio Lopez de Mendiçaual, como marido de la señora Doña Theresa de Vribe, y Don Iuan de Vribe, despues de la sentencia de Vista.

(6)

INDEX.

I. AGRAVIO.

AVer mandado hazer separaciõ de los bienes, y de los Acreedores, num. 1. fol. 2.

La protesta no aprouecha quando es contraria al acto, y impide los efectos de Derecho. n. 5. vsque 10.

II. AGRAVIO.

AVer dado grado al Vinculo de los 4U. ducados de renta. n. 11

Este Vinculo quedô extinguido cõforme a su fundacion, por la muerte y disposicion del Maesse de Campo. n. 11. y. 14.

El Maesse de Campo vsô expressamente de la facultad, en quanto a la tercia parte del Vinculo, q̃ fueron bienes suyos proprios. n. 15.

Y en quanto a las dos tercias partes tãbien vsô, porq̃ tuuo libre elecciõ en las Obras pias, y dexô muchas en su testamẽto, y fue Obra pia dexar los 4U. ducados a su sobrina, siẽdo pobre, y mas cõ cargo de que cũpliesse el testamento. n. 18. y. 19.

Aunque no huuiesse vsado de la facultad, el Vinculo se ha de reduzir al tercio y quinto, y se ha de atender al tiempo de la muerte: y se responde a las alegaciones contrarias desde el n. 21. hasta el. 36.

Los acreedores son partes por cabeça del General, y por los mismos hijos, para impugnar la fundacion de los Vinculos, n. 37. vsq; ad. 41.

III. AGRAVIO.

NO auer graduado al Patronato de Don Aluaro Ponce, conforme el dia de su registro. n. 42.

IV. AGRAVIO.

NO auer dado subrogacion especial a Doña Luzia de Alçate por el credito de los 12U. ducados. n. 44.

V. AGRAVIO.

AVer dado vn mismo grado a todos los acreedores de subrogacion juntos. n. 47.

Que todos tuuieron pacto de subrogacion. n. 51. vsque. 59.

Quando no se puedan graduar cõ especialidad, se han de graduar rateã do en los tributos antiguos. n. 60.

VI. AGRAVIO.

AVer graduado a los acreedores de subrogacion, como personales y sin reditos en los bienes del General. n. 61. vsque. 62.

Aunque fuessen acreedores personales, se les deben reditos. n. 63.

El dar grado a el Vinculo, y separar los bienes, es infructifero, porque los Acreedores despues de graduados, pueden pedir la particion conforme a la transaccion, conque se resuelue el Vinculo, pues se han de pagar todos. num. 68. vsque ad finem.

SVplican los Acreedores, de la sentencia de Vista, y pretenden se ha de suplir y enmendar en los agrauios q̃ reciben, que se referiràn con la breuedad posible, remitiendonos a los fundamentos del primero papel, y añadiendo lo que de nueuo se ofreciere, y satisfaziendo de camino al papel de Don Iuan de Vribe.

PRIMERO AGRAVIO.

Auer mandado se haga separacion de los bienes del General, y de D. Maria de Oçaeta y sus hijos, y graduar a los Acreedores con la misma separacion.

N.1. ESte agrauio se funda en la transaccion, porque la sentencia es contraria ex diametro a ella, pues en la transaccion expressamente se paccionò, que de todos los bienes de los referidos, se hiziesse vn cuerpo, y dellos se satisfiziessen y pagassen *todas las obligaciones, cargas y deudas que legitimamente pareciere deberse por cedulas, escrituras, testamentos, codicilos y cõfessiones, probanças, y otra qualquiera forma bastante y legitima.*

2 No puede auer terminos mas claros para probar que el animo, y intencion de los transigentes fue no hazer separacion de bienes, ni acreedores, sino que todos se pagassen sin distincion, porque se contentaron con el remanẽte de los bienes, y los partieron entre si, como les parecio. Y en esto tambien declararon y paccionaron expressamente que se pagassen primero las deudas, vt patet, *Que de todo lo que quedare, pagadas y satisfechas las dichas cargas y deudas que legitimamente se debieren pagar, se saquen, &c.* Claro estaua esto, pues ya dexauan dicho que se pagassen todas las que se debiessen, aunque fuessen personales, pues esso quiere dezir por testamentos, cedulas y probanças. Demas de que dixeron, q̃ en otra qualquier manera que fuessen, conque ninguna quedò excluida con esta generalidad, pues la palabra *Qualquier manera*, es vniuersal y inclusiua de qualquiera deuda. Y assi respecto de los vinculos no ay graduacion, ni para que hazer separacion de bienes, pues conforme a la transaccion no tienen prelacion, porque primero se han de pagar las deudas del General, y su muger y hijos, y despues partir el remanẽte que quedare de los bienes,

y para

y para esto se paccionò que de todos se hiziesse vn cuerpo, y assi la graduacion solo ha de ser entre los mismos acreedores, sin hazer caso de los vinculos antiguos, porque con la transaccion y particion, y la nueua forma aprobada por la facultad Real, quedaron extinguidos totalmente, vt satis probatum est *in prima allegatione ex num. 7. cum seqq. præcipuè ex num. 18. cum seqq.*

3 Replicase a esto por la otra parte, que en los contratos se ha de mirar lo que quisieron hazer los contrayentes, porque no se han de extender a mas de lo que fue su voluntad, y que expressamente protestaron que no por esto querian reconocer obligacion alguna en fauor de los acreedores, q̃ no sea precisa, &c. De dōde infiere que por esta clausula quedò preseruado el derecho de los vinculos, como se dize en el papel contrario ex numero 29. vsque ad. 32.

4 A esto se responde facilmente, lo primero, que esta protesta no se hizo mas que para que no adquiriessen ningũ derecho los acreedores que no fuessen verdaderos y ciertos, porque el animo fue se pagassen los que lo fuessen, y sobre esto no se hizo reserua alguna, vt patet ibi: *Sin que por esto sea visto reconocer en fauor de los acreedores obligacion alguna que no sea precisa, y que legitimamente se pueda auer hecho, y causado por los dichos señores General Iuan de Vribe, su muger y hijos, o qualquiera dellos: Porque el animo y voluntad de los dichos señores es, que se paguen y satisfagan las deudas que justamente se pudierō hazes y causar, y que las demas se defiendan a expensas comunes, reseruando como reseruan en si contra ellas todo lo que se les puede oponer en su defensa, sin que por esta escritura se obliguen, ni queden obligados los dichos bienes y hazienda a lo que no estuuiere precisamente, como està dicho.*

5 Esta clausula es la mas expressa que ay en este contrato, para declarar el animo que los transigentes tuuieron de pagar todas las deudas legitimas del General, su muger y hijos; porque como auian dicho que de los bienes de todos se hiziesse vn cuerpo, de que se pagassen todas sus deudas sin distincion, no fue necessario reseruar el derecho de los vinculos, ni su anterioridad, porq̃ quedauã extinguidos: y a los vinculos no les tocaua examinar la justificaciō de las deudas, pues como acreedores no teniã obligacion de pagarlas; y como dexaron de ser acreedores, y se hizieron dueños y herederos de todos los bienes, tomaron a su cargo la paga de las deudas de los vnos y los otros, y la defensa de toda la hazienda como bienes proprios, y por auer tomado en si

en si toda la sucession vniuersal, y hechose dueños y herederos del General, su muger y hijos, tambien confundieron sus acciones, y quedaron obligados a pagar todas las deudas a que estauan grauados los bienes. *l. venditor. §. cùm quis. ff. de hered. vel act. vend. l. 2. C. eod. l. ex sextante. 30. §. Latinus Larg. ff. de except. rei iudic. in fine*, ibi: *In proposita autem quæstione magis me illud mouet, numquid pignoris extinctum sit dominio acquisito, neque enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore.* Y aqui la *Glossa* da la razon: *Quia res nō potest esse sibi obligata, vt hic: & infra de regul. iuris. l. nec pignus.* Y es de aduertir, que en este texto se hizo transaccion entre el heredero y el acreedor, a quien se le entregò vn fundo que tenia hypotecado: y esta fue la razō de dudar sobre si se auia extinguido la hypotheca por auer adquirido el dominio del fundo: y aunque el texto resuelue que no se extinguio, fue porque se ignoraua la hypotheca al tiempo de la transaccion, y el fundo no era hereditario, aunque se entregò como tal por yerro. Y este es el verdadero entendimiento deste texto, vt benè probat *D. Francisc. Merlino controuers. 27. n. 28.* Pero haziendose la transaccion sobre los bienes de la herencia con ciencia de la hypotheca, eo ipso que se diuiden los bienes, se extinguen las hypothecas, como lo prueue el mismo. § *Latinus à contrario sensu.* Y lo mismo procede en el fideicommisso, que tambien se extingue con la transaccion y diuision de los bienes, quādo no se ignorò que lo auia, como aqui; de quo est textus clarus *in l. qui Romæ. §. duo fratres. ff. de verb. oblig. l. controuersia. ff. de transact. cum notatis in prima allegatione. n. 19. & 20*

6 Lo segundo, quando esta reserua se pudiesse entender en fauor de los vinculos, y en perjuyzio de los Acreedores, era cōtraria y incompatible con lo que se acabaua de dezir y paccionar, videlicet, que se hiziesse vn cuerpo de todos los bienes, y se pagassen los acreedores; y no se ha de presumir que in continenti se corregian y alterauan todo lo tratado, pues no podian ser dueños de los bienes y acreedores: *Quia hæc duo pugnant inter se. d. l. neq; pignus. ff. de regulis iuris.* Y si los vinculos se huuiessen de pagar primero en virtud de la reserua, se auian de sacar de los bienes del General, y no auia para que hazer vn cuerpo de todos los bienes, y partir despues el remaniente, y darle. 300. ducados a Don Iuan de Vribe de rēta libres, y otro vinculo de la mitad, y la otra mitad libre a la señora Doña Theresa, pues fuera muy possible que no alcançasse para tanto; y esto quisierō assegurar extinguiē

do los vinculos antiguos, y pagando los acreedores quedarse cõ el residuo, y para euitar esta contradicion y repugnancia, se ha de entender y interpretar la reserua de manera que no se oponga al pacto precedente: *Quia quando non se compatitur cum facto, est contraria, vt quando dicitur, adeo citra tamen animum adeundi, obligo, sed non animo me obligandi, contestor litem, non intentione contestandi: secus autem quando potest protestatio simul stare cum facto, & se cum eo compatitur.* Assi lo dize *Pedro Surdo in consi. 143. vol. 1. n. 59.* y resuelue q̃ quando es compatible la protesta con el hecho, se conserua lo vno y lo otro. Optimè *Marescoto variar. lib. 2. cap. 56. n. 21.* donde dize, *Quod tunc protestatio dicitur contraria facto quando totum factum destruit; præsertim quando factum est certum, & determinatum contra protestationẽ: secus verò vbi tendit ad limitationem actus, prout est quando quis protestatur quod salvæ maneant priores hypothecæ.* Y esto aqui no se protestò, sino solo que no consentian, ni querian pagar las deudas que no debiessen los bienes legitimamente: y esto bien se compadece con auer extinguido los vinculos, y obligadose a pagar todos los acreedores justos, aunque fuessen posteriores, para quedarse con el residuo de los bienes, pues son cosas diuersas, y no tienen que ver con la anterioridad de los vinculos, ni de los acreedores, porque de esto no se acordaron en el pacto, porque paccionaron pagarlos todos del cuerpo de bienes, ni en la protesta, porq̃ solo mirò a la justificació de los creditos, y a lo mismo q̃ debiã hazer, etiã si no huuiesse protesta, como se fundò *in. 1. allegat. n. 9.*

7 Lo tercero, si dixessemos que esta protesta fuesse contra el pacto, y que auiendo extinguido los vinculos y obligadose a pagar los acreedores, luego protestaron que no quedauã extinguidos, ni se auian de pagar primero los acreedores, fuera nulla esta protesta, y no aprouechaua, porque eo ipso que se confundian los bienes, y se hazia vn cuerpo de todos para pagar los acreedores y suceder como herederos en el remanente, quedaron confundidas ipso iure las acciones de los vinculos como acreedores, vt dictum est supra, *& in prima allegatione. n. 19. vsque. 26.* Y en estos terminos quando la protesta es contraria al acto, y por ella se impide el efecto de derecho, se vicia la protesta, y no aprouecha, *cap. M. de constitut.* tenent *DD. in. l. non solùm. §. morte. ff. de oper. noui. nunciat. Surdus cons. 385. n. 18. lib. 3. Mascard. cõclus. 1111. n. 23.* tradit *D. Francisco Merlino controuersiar. cap. 26. n. 26.* donde dize que *non potest simul dominum fieri, & creditorem remanere, ita vt neque expressa pro-*

test

testatio non recedendi à prioribus iuribus iubaret, quia hæc nihil releuat cõtra id quod venit ex iuris dispositione. Y en la *controuersia 28. n. 17.* dize, *Quod maritus recipiendo dotem sibi præiudicat in vsuris, etiam si expresse reseruet ius petendi eas; nam earum remissio iuris necessitate inducitur, ac protestatio, seu reseruatio non præstat impedimentum ei quod ex iuris necessitate prouenit. l. at si quis. §. pleriq; ff. de relig. & sump. funer.* notatur *in. l. alimenta. ff. de negot. gest. Gratianus cap. 33. n. 15. ipse Merlino dict. controuers. 27. num. 75.* donde reprueba a *Hodierna in addit. ad Surd. decis. 366.* q̃ distingue si huuo reserua, o no, y dize Merlino q̃ es escusada la distincion: *An creditor reseruauerit sibi priora iura, vel non? nam si extincta sunt, non est quid reseruetur: si autem adhuc durant, necessaria nõ est reseruatio.* Latissimè *Gaito de credito ex. n. 2665.* donde disputa, si el que presenta algun instrumento con protesta de que no le prejudique, si le aprouecha la protesta. Y dize en el. n. 2673. *Ex omnium sententia protestationem esse inutilem, & proinde non iubari; quia publicæ scripturæ fidem plenam facientes suum effectum de per se naturaliter producunt: quo casu protestatio non pendet à voluntate producentis, sed ex dispositione legis, aut alterius voluntate. Osasc. dec. 39. n. 26. Mascard. cõcl. 915. n. 17. Sesse deci. 225. tom. 2. Scac. de cõmert. §. 1. q. 7. ampl. 8. n. 300.* donde dize q̃ quãdo el acreedor recibe la suerte principal, y protesta cobrar los intereses quãdo se deben officio iudicis, no le aprouecha la protesta, *Quia non est apta ad tolendã remissionẽ quæ procedit ex iuris necessitate, & protestatio nihil operatur cõtra illud quod lex ex necessitate inducit, nec prodest in his quæ à potestate protestantis non dependent; &c.*

8 *Optimè Marescoto variar. lib. 2. cap. 138. n. 6. & seqq.* donde dize; q̃ quando *protestatio est contraria facto nihil operatur: Et ex Iulio Claro in §. emphiteusis. q. 40. & alijs,* dize que es incompatible *Quod pensio recipiatur pro tempore decurso post caducitatem, & quod saluum sit ius caducitatis; & consequenter quod quis eodem tempore habeatur pro emphiteuta, & pro non emphiteuta: igitur quidquid cantet protestatio, factum preualet verbo cũ vtrũq; saluari non possit: & ita fuit resolutũ. Quæ decisio locũ habet etiã si dominus tantũmodò canonẽ nõ solutũ petierit, licèt illũ nõ receperit.*

9 Y esta doctrina se ajusta a este pleyto, porque no es possible q̃ los vinculos sean vinculos para ser acreedores, y sean dueños para suceder en todos los bienes, y hazer particion de ellos, obligandose como tales a pagar las deudas de la hazienda. Y assi importa poco la protesta, aunque la huuiera; que no la ay para este efecto, como se ha dicho. *Quia quemadmodum in vno & eodem subiecto sunt incompossibiles vita & mors, sic est impossibilis resolutio, & extin-*

ctio

ctio vnius iuris, & actionis, & eiusdem cessio, & conseruatio. Assi lo resuelue in simili (*Carneual. de concursu creditorum, lib. 1. tit. 3. disput. 35. n. 39. &c.* tenet Antonio monach. decis. Bononiense 4. puncto 7.

10 Y lo regular y ordinario es, que la protesta solo aprouecha en aquellas cosas que depēden de la mera voluntad del protestante, vt *in. l. si debitor. §. si in venditione ff. quib. mod. pign. vel hypot. soluit.* donde no se remite la hypotheca, aunque el acreedor consienta en la venta de la cosa hypothecada, si protesta q̄ no prejudique a su hypotheca, porque solo de su consentimiento y voluntad pēde el remitirla, y no se opone la protesta al acto, porque son cōpatibles, como lo aduirtio *Marescoto variar. lib. 2. cap. 56. n. 21. Hypolito de Marsilijs de fideiussoribus,* que es el mismo q̄ alega la otra parte. n. 163. *decis. 1. Genuensis in tract. de mercat. n. 25.* Y el mejor lugar conque se prueba la distincion referida, es la *decis. 632. de Farinacio in posthum. n. 2. & 3.* que se alega por la otra parte, donde se resuelue que quando por la concordia y transaccion se haze nouacion, no aprouecha la protesta, porque se extinguen las acciones antiguas, y es contrario el acto a la protesta, y non possunt simul stare: aliud est quando la protesta se haze para declarar que no se nova, ni remite la accion, sino es en caso q̄ el acreedor estè satisfecho, entonces aprouecha, porque no es perfecta la nouacion, sino condicional, y assi no obra extincion. Y esto se ajusta a este caso, porque no huuo condicion en la nouacion, y se contentaron con el remanente de los bienes, pagados los acreedores: y eo ipso que se transigio el derecho de los vinculos y se paccionò la diuision de los bienes, se extinguieron los vinculos y las hypothecas ipso facto por disposicion de Derecho, q̄ no se pudo impedir por la protesta, porque no pendia de la volūtad de los transigentes, antes la tuuieron expressa de remitir sus derechos, y pagar los acreedores, y partir entre si el residuo: y la protesta no se hizo contra este intento, sino en fauor y apoyo de el, hoc est, para no reconocer ni dar derecho a quien no fuesse acreedor de los bienes; pero contra quien lo fuesse, no huuo protesta. Y assi no ay que disputar de anterioridad con los vinculos, pues no los ay, y ellos mismos son los que se obligaron a pagar a los acreedores: y assi justamente pretenden los acreedores que se les haze agrauio en no mandar guardar la transaccion; y en conformidad della graduar los acreedores entre si, y en el remaniente de los bienes a la señora Doña Theresa, y a Don Iuan de Vribe, como lo paccionaron.

SE-

SEGVNDO AGRAVIO.

Auer dado grado al Vinculo de los quatro mil ducados de renta.

11 EL Fundamento principal deste agrauio es, que no ay tal Vinculo, ni parte legitima que lo pueda pedir, y en la sentécia se le dà grado en fauor de la señora D. Theresa, y de Don Iuan de Vribe, porque ambos le pretenden; siendo asi que es impossible que ambos lo puedan obtener y conseguir, porq̃ o lo pretenden por la transaccion, o por la disposicion dela capitulacion en que se fundò: Si por la transaccion, ya se ve que en ella no se conseruò este Vinculo, antes se extinguio, y se fundô otro de la mitad del remanente de los bienes despues de pagados los acreedores; y conforme a ella, a vno ni a otro no le quedò derecho para pedir este Vinculo, ni aun antes le tenian, porq̃ ambos lleuauan intentos contrarios. Don Iuan de Vribe pretendia, que êl era llamado, y que llegò el caso de su llamamiento cõ la muerte del Maesse de Campo. La señora Doña Teresa pretédia, que con su muerte y disposicion se extinguio el Vinculo, y le pertenecian los bienes como heredera, libres en virtud del testamento del Maesse de Campo. Y en la transaccion se apartò cada vno de su pretension, y tomaron otro medio que fue, extinguir el Vinculo, y partir entre si los bienes; cõque no quedò memoria ni rastro del: y asi no sabemos quo iure se puede graduar este Vinculo, ni a quien se dà, porque ya nõ est in rerum natura.

12 Y si se pide por la fundacion, adhuc està todavia en su fuerza la dificultad, porque en la capitulacion no estâ llamada la señora Doña Theresa, ni Don Iuan de Vribe; antes por la misma fundacion quedò extinguido con la muerte del Maesse de Campo, y con su disposicion, y aunque no huuiesse dispuesto, porque en la capitulacion ay clausula en que expressamente se dispone, *Que el vltimo decendiente y sucessor pueda disponer de la tercia parte de los bienes a su voluntad: y en las dos tercias partes pueda el tal sucessor disponer solo para Obras pias a su voluntad, y no para otro efecto, y q̃ muriendo el tal sucessor sin disponer, o sin edad para poder testar, suceda en el acrecentamiento el pariẽte mas cercano del dicho señor Iuã de Vribe.* Como mas largamente consta de la clausula que se refiere en el Memorial. n. 6.

13 Es constante y cierto que el Maesse de Campo fue el vltimo

 des-

descendiente, y en su testamento que hizo iure militari, vsando de esta facultad dispuso de estos quatro mil ducados, dexandoselos libremente a la señora Doña Theresa, como consta de su testamento, que se refiere en la transaccion, y aora despues de visto en Reuista lo han presentado los acreedores. Y en la primera clausula dize assi: *Mas le dexo por heredera de los 4ӈ. ducados acrecentados al Mayorazgo de Ocaeta, en que tengo clausula como postrer heredero para poder disponer dellos, y hazerlos libres: y se los dexo con cargo que se cumplan todas las mandas que tengo hechas en mi testamento: Y mas la hago heredera de los veinte y tantos mil ducados de plata que tengo comprados sobre mi Mayorazgo en censos y escrituras que estan en Seuilla en vn cofre en poder de Ambrosio del Barco, con otros papeles, y en poder de Diego Ramirez:* Y luego en otra clausula dize assi: *Los 4ӈ. ducados de renta acrecentados los hago libres, y los mando a Doña Theresa de Vribe mi sobrina y heredera vniuersal.*

14 Supuesto esto, no es dudable q̃ expirò este Mayorazgo, y los bienes quedaron libres, & per consequens se caducò el llamamiento del pariente mas cercano, que fue en caso que no dispusiesse el sucessor, y no era menester que dispusiesse: porque se ha de aduertir que en la tercia parte se le dio facultad para que pudiesse disponer a su voluntad, y esta tercia parte quedò libre en el Maesse de Campo eo ipso que no tuuo hijos, porque este Vinculo fue limitado y temporal en los hijos y descendientes, y muriendo el vltimo sin hijos, quedarõ los bienes libres en el. *l. qui solidum. 78. § prædium. ff. de lagat. 2.* cum alijs traditis per *Molin. lib. 1 cap. 4. n. 1.* Y esto procede sin duda auiẽdole dado facultad de disponer a su voluntad, vt ex pluribus cõprobat in specie pacti matrimonialis *Lima ad Molinam vbi proximè.* Y assi tuuo libre arbitrio de disponer como en bienes suyos proprios: *Nam arbitrium plenum & absolutum est concessio à lege, vel ab homine facta, qua se moto iure, ratione, ac æquitate, seu proprio ductus appetitu, quod placuerit, quis potest statuere veluti in rerũ suarũ dispositione, quãdo nullo iure cõmuni est subnixum, & nullo cogente imperio, pro libero arbitrio, & sola voluntate fit. l. si quis maior. 41. C. de transact. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. l. omnium. C. de testament.* Latè *Menoch. ex pluribus de arbitrar. q. 6. lib. 1. ex n. 3. Carpio de executoribus lib. 2. cap. 1. n. 28. vbi ait quod arbitrium liberum sumitur pro voluntate, quia realiter ab ea non distinguitur. l. vtrùm. 8. § cum quidam. ff. de rebus dubijs,* ibi: *Si velit.* Et infra: *Liberum arbitrium cõcedat, &c. l. vnum ex familia. § rogo. ff. de legat. 2.* ibi: *Cui veles quoad verba attinet*

tinet, ipsius erit electio. Latè & nouissimè *el señor Don Iuan de la Larrea allegat. 75. tom. 2. allegationum Fiscalium n. 8.* donde dize y prueba ex pluribus, que quando se concede facultad a vno para que pueda disponer a su arbitrio, *liberè potest disponere, quia omnia illius voluntatis sunt relicta, &c.* Y assi como bienes propios pertenecia a sus herederos ab intestato *l. conficiuntur. ff. de iure codicillor. l. 4. C. de contrahenda & cōmittenda stipulat.* ibi: *Stipulata est cū moreretur, partem dimidiam dotis, cui velit relinquere, redi sibi eam partem dotis stipulata videtur.* Y aqui lo nota *la Glosa de Gothifredo, verb. Cui velit. l. si mulier. 25. C. de iure dotium,* ibi: *Intestata quoque muliere defuncta, stipulationem comitti proficiet.*

15 Y supuesto que vsò expressamēte dela facultad, no es necessario disputar si cumplio con instituir por heredera a la señora D. Theresa, generalmente, o si fue preciso vsar de la reserua, como lo hizo, porque de qualquier manera cūplio con la facultat: ita tenet in specie *Surd. decis. 272.* que dize que basta disponer generalmente. *Menoch. cons. 210. Sesse decis. 53. D. Francisco de Leon decis. Valentina. 58. per tot.* latè *Monachus decis. Bononiens. 71. pūct. 7.* donde resuelue q̄ basta la disposicion general, *maximè stantibus verbis ad beneplacitum pro libito ad libitum, vel similibus,* como aqui, que dixo que pudiesse disponer a su voluntad. Copiosè *Fontanella de pactis, claus. 5. glos. 10. p. 1. n. 67.* quam plures refert *Bellonio cons. 30. n. 16.* donde dize, *Quod disponit & alienat secundum facultatem sibi datā, qui vniuersalem hæredem instituit, quinimo etiam is qui moritur ab intestato, dicitur disponere & uti facultate sibi data, vt res de qua disponere poterat, transeat in venientes ab intestato.* Et nos diximus *in prima allegat. n. 73.* Y assi no es dudable que en quanto a la tercia parte deste Vinculo, son bienes libres por la misma fundacion, y por la disposiciō del Maesse de Cāpo, y como tales estā afectos a sus acreedores.

16 A que no obsta lo que dize la otra parte n. 36. videlicet, que si el Maesse de Campo vsò de la facultad, pide bien la señora Doña Theresa: Porq̄ se respōde q̄ no pide sino mal, pues si vsò, son bienes libres, y no los puede pedir por vinculados, sino como hereditarios, pagando las deudas. Et per consequens tambien pide mal Don Iuan de Vribe, pues con auer vsado de la facultad, faltò la condicion de su llamamiento.

17 Con esto tambien se excluye todo lo que se alega hasta el numero 51. videlicet, que no fue visto vsar de la facultad el Maesse de Campo, por auer contraido deudas, conforme a la doctrina

del

del *ſeñor Iuan del Caſtillo lib. 4. cap. 61.* Porque eſto no es a propoſito, porque aqui no pretendemos que vsò de la facultad por auer contraido deudas, que ſon los terminos en que habla el ſeñor Don Iuan del Caſtillo, ſino que vsò, y expreſſa y indiuidualmen mente, haziendo libres los bienes del Vinculo, y dexando por heredera en ellos, como bienes proprios ſuyos, a la ſeñora Doña Thereſa, y no dexò en duda ſi vſaua, o no de la facultad, porq̃ tambien lo dixo. Con lo qual no ay que cõjeturar. Ademas que lo mas cierto es que el que reſeruò facultad para diſponer y enagenar, vsò de la facultad, y fue viſto enagenar contrayendo deudas, como lo reſuelue *el ſeñor Don Iuan de Larrea dict. allegat. 75. per to t. præcipuè ex n. 9. cum ſeqq.*

18 En quanto a las dos tercias partes tiene mas dificultad, porq̃ la facultad que tuuo el Maeſſe de Campo, de diſponer de ellas, no fue libre ni abſoluta como la otra, ſino regulada y formal, hoc eſt en Obras pias: pero en la eleccion dellas tuuo libre arbitrio, porque fue tambien a ſu voluntad, como dize la clauſula: *Quoad verda attinet, ipſius erit electio. d. l. vnum ex familia. § rogo. ſ. de legat. 2.* copioſè *Menoch. de arbitrarijs. d. lib. 1. q. 7. per totũ, vbi latè agit quibus verbis cenſeatur collatum arbitrium.* Y reſuelue, que quando ſe concede *per verba ad libitum, vel quid ſimile eſt liberum, & plenum.* Y aſsi el Maeſſe de Campo pudo tener por Obra pia el dexar los 4U ducados a ſu ſobrina, como verdaderamente la tuuo, porque no ignorô la calidad de la facultad, pues hizo mencion della, y diſpuſo vſando de la facultad, como lo dixo expreſſamente. Y aſsi ſe ha de preſumir que la tuuo por Obra pia, pues ſi no la tuuiera, no dixera que diſponia vſando de aquella facultad; con lo qual no es neceſſario diſputar ſi verdaderamente fue Obra pia, porq̃ eſto procediera ſi la facultad fuera para diſponer en Obras pias ſimpliciter, porque entonces fuera nudo miniſtro, y executor ſin arbitrio: pero no lo fue, porque quedaron a ſu eleccion y arbitrio las Obras pias, y aſsi baſta que èl las calificaſſe, y tuuieſſe por Obra pia el dexar a ſu ſobrina eſta cantidad, y mas ſiendo pobre, y teniendo hijas que poner en eſtado, como ſe alegô por la ſeñora Doña Tereſa, y conſta por la tranſaccion, y con eſte pretexto hizo libres todos los 4U ducados. Y eſto baſta para excluir el llamamiento de Don Iuan de Vribe, pues ſi tuuo facultad para extinguir el Vinculo y lo extinguio, no le queda entrada.

Y no

19 Y no importa que no dixesse expressamente que disponia de las dos tercias partes en fauor de su sobrina por Obra pia, porq bastantemente declarò su animo, pues dixo que vsaua de la facultad: *Et principaliter voluntas, seu animus attenditur disponẽtis ad hoc vt indicetur opus pium, non ipsum opus, seu res, nec verba attẽdi debet, quia sufficit quod nominatio, seu dispositio adhæreat piæ causæ animo, & intẽtione, & non solùm animus disponentis, sed eius opinio, & cogitatio magis quã ipsa substantia, & veritas rei spectatur.* Sic tenet & comprobat *Carpio de executoribus, lib.* 1. *cap.* 26. *per totum, præcipuè. n.* 20. & 29. *cum seqq.* Y en el *num.* 48 resuelue y concluye por esta doctrina, que aunq el legado dexado al consanguineo simpliciter, se presume dexado *intuitu sanguinis, tamen si consanguineus est pauper, omnino pium ex qualitate paupertatis iudicandum, etiam consanguinitatis præsumptione subsistente, quia magis pietas exercetur in coniunctos, quàm in extraneos.* Y assi se ha de presumir que el que tuuo facultad de disponer en Obras pias, si dispuso en fauor de algun consanguineo, se ha de juzgar por Obra pia, si era pobre: *Quia quilibet præsumitur facere actum, eo modo & animo, quo sibi magis prodesse valeat.* Y por esta razon no es necessario que expressamente el Maesse de Campo dixesse que dexaua esta cantidad a su sobrina por ser pobre, como dize el mismo *Carpio n.* 52. ibi: *Postremò infertur necessarium non esse quod nominatis pietatis intuitu piæ causæ, relinquatur ad hoc vt pia iudicetur; quoniam cùm realis pietas rei, vel personæ adhæreat, curandum non est, quo nomine testator relinqueret, cùm leges non sint impositæ verbis, &c.*

20 Y quando pudiera tener alguna duda: Si esta disposicion fue Obra pia, o no? Sobre essa misma duda cayò la transaccion, y Dõ Iuan de Vribe que era quien lo podia impugnar, se apartò deste derecho, y se contentò con el remaniente de los bienes, pagados los acreedores, con lo qual quedaron todos por libres y hereditarios en la señora Doña Theresa, & per consequens obligada a pagar las deudas del Maesse de Campo, de quien fue heredera, y tambiẽ las del General, porque viene a ser *hæres hæredis*, y passaron a su merced los bienes libres cum onere; y esto no es dudable en la tercia parte en que tuuo libre disposicion. Y aunque en las otras dos tercias partes que se reputan por Obras pias, pudiera dezir que no las recebia ab eligente, sed à testatore, no nos embarazamos en disputar: Si el Maesse de Campo la pudo grauar, y si le debe a el toda la disposicion, pues vsò de liberalidad eligiendola por Obra pia, y dexandole la hazienda por es-

te

te titulo? *l. ab eo C. de fideicommissis, Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. num. 12.* Porque esto no es menester, supuesto que todas las deudas que contraxo el Maesse de Campo, se conuirtieron en redimir y pagar los tributos q̃ su padre auia dexado; y assi todos estos acreedores vienen a ser del General, quier se consideren por subrogados, o no, como despues diremos, y todos sus bienes estan afectos a las deudas primero que a las Obras pias, pues no puedẽ serlo si no se pagan los acreedores, y el mismo Maesse de Campo como posseedor del Vinculo, estaua obligado a pagarlas, vt postea dicemus, y este es caso en que pudo grauar a la señora Doña Teresa, vt ait *D. Molin. d. cap. 4. n. 32. vbi notat Lima in fine.*

21 Y quando se pudiesse considerar que este Vinculo de los 4U ducados, existe en todo, o en parte el agrauio que por la sentencia reciben los acreedores en auerle dado grado, es notorio, porque fue nulla la disposicion del General, pues no pudo en la capitulacion matrimonial hazer dos Vinculos en fauor de sus hijos futuros, vno de 4U. ducados de renta, y otro de tercio y quinto, y ambos se han de reduzir a vno de tercio y quinto, pues no pudo disponer en muerte ni en vida de mas entre sus hijos, como largamente fundamos en la primera alegacion n. 27. y 28. a que aora añadimos *la consultacion 143. de Valasco*, que parece decisiua y en terminos, porque alli se disputò: Si auiendo vno prometido en la capitulacion matrimonial, de hazer vn Mayorazgo de cierta cantidad de renta en fauor de su hijo, de los bienes que entonces tenia, y despues hizo otro Mayorazgo de la tercia parte de sus bienes, si valian ambos, o se auian de reduzir a vno de la tercia, que era de lo que el padre podia disponer entre sus hijos? Y auiendo propuesto las mismas dificultades deste pleyto, y lo mismo que alega la otra parte, se resoluio y determinò en el *numer.* 12. que no pudo hazer mas de vn Mayorazgo de la tercia, que es de lo que el padre pudo disponer; *Quæ tertia si ascẽdat ad quantitatem, quam pater promissit in dote, tota illa applicabitur Maioratui in dote promisso: sin autem non ascenderit, illa tantùm censetur promissa, licèt pater in maiori summa promisserit in instrumento dotis Maioratum constituere; talis enim promissio debet necessariò reduci ad terminos iuris, ex quo per nauitatem filij non potest de maiori summa disponere.*

22 Y es de aduertir, que en Portugal ay la misma ley en la tercia, que en Castilla en quanto al quinto, como lo dize *el Padre Molina de iust. & iure, disput. 158. n. 2. & 8. & disput. 236. n. 3. tom. 1.* Cõq

es

es el caso de Valasco, ajustado, y auiendose de reduzir al tercio y quinto, no se puede sacar por deuda precipua, porq̃ se ha de cōsiderar al tiēpo de la muerte, sacādose primero las deudas, como lo determina la misma sentencia de Vista en el grado que dio al Mayorazgo del tercio y quinto. Y lo mismo se determinò en el pleito del Mayorazgo de D. Gabriel Torres del Salto, & latius fundò en el papel que hizimos en aquel pleyto, y fundamos en este en el otro papel *n.55. cum seqq.*

23 Lo segundo, porque quando no se reduxesse este Mayorazgo de 4U ducados, se debiera tambien sacar de los bienes al tiempo de la muerte, que fue quando se hizo, y no al tiempo de la capitulacion, porque entonces se prometio hazer, y la promessa no es lo mismo que el hecho, y no se retrotrae quando en el medio tiempo ay acreedores, vt fundauimus *in prima allegat. n.30. cū seqq.* cui addimus *Galeotam controuers.1. n.101. & 116. Peguera decis. 48 in fine*, latissimê *Carleual. de concursu creditor. lib.1. tit.3. disput.23. ex n.12. cum seqq.* donde resuelue que no se induze retrotraccion, quando el extremo, *à quo non est habilis in essentia & actu, hoc est quando medio tempore est alteri ius quæsitum; quia in eius præiuditio non operatur retrotractio.*

24 Oponese por la otra parte en su papel n.2. &.3. que este Mayorazgo ~~fue~~ irreuocable por causa onerosa de matrimonio, y q̃ assi pudo valer aunque fuera de todos los bienes, y aunque prejudicasse las legitimas: para lo qual alega la doctrina *de Thomas Sanchez de matrimonio tom.1. lib.6. disput.8. n.2.* A que se responde, que nunca pudo ser irreuocable en lo que contrauino a la disposicion de Derecho, porque el mismo Derecho lo reuoca, como se fundò *en la primera alegacion n.27.*

25 Y no tiene que ver en este caso la doctrina del Padre Thomas Sanchez, porque habla en donacion remuneratoria hecha a la muger antes de casarse, quando ay desigualdad en las personas, o por ser el marido viejo y la muger moça, o villano y la muger noble, o por otra causa: entonces dize que este es contrato oneroso y remuneratorio, y en estos terminos procede su doctrina. Pero que tiene que ver cō este pleyto, donde el matrimonio fue igual, y donde el marido no hizo donacion alguna a la muger mas que las arras que le dio, y a quien hizo la donacion fue a sus mismos hijos, para en caso que los tuuiesse; y si no los tuuiera, no auia hecho nada, y assi a ellos se les adquirio el derecho irre-

uoca-

uocable, y respeto dellos fue la causa onerosa; pero no por esso tienen priuilegio para que el padre pueda auer dado a ninguno mas de el tercio y quinto, que es lo que le permiten las leyes de el Reyno.

26 A que no obsta dezir que procede lo mismo, quando lo que se dona a vna persona, es para que lo dè a otra, en cuya vtilidad redunda, como aqui, que estos 4U. ducados de renta se dieron para mas aumento de la Casa de Oçaeta. Porque esta alegacion peca en el Derecho y en el Hecho, porque a la Casa de Oçaeta no se le dio vn marauedi, sino a el hijo que sucediesse en ella, y en esse caso quiso que fuesse el acrecentamiento para la Casa: y no teniendo hijo ni sucessor legitimo, no quiso que lleuasse la Casa nada, sino que el vltimo descendiente pudiesse disponer de los 4U. ducados de renta de la tercia parte a su voluntad, y de las otras dos partes en Obras pias, como expressamente consta de las clausulas que estan en el Memorial n. 5. & 6. Luego faltando los descendientes, no tuuo nada la Casa. Y este caso llegò y si no fuera assi, por donde pudiera Don Iuan de Vribe, ni la señora Doña Theresa tener entrada en estos bienes, pues no son sucessores de la Casa, y el que lo es se lleua a los 4U. ducados? Esto bien lo reconocieron en la transaccion, pues en ella no le dieron nada a la Casa de Oçaeta.

27 De esto resulta, que ni la Casa de Oçaeta fue donataria, ni la misma Doña Maria de Oçaeta, sino sus mesmos hijos, que eran los contemplados principalmẽte, y a quien auia de venir el Mayorazgo: ita probat *textus in. l. vsusfructus. § si quis ita ff. quando dies leg. cedat, vbi quando ex verbis testamenti colligitur quod legatum solui debet filio, tunc ipsi filio, & non patri acquiritur, & consequenter legatum non dicetur relictum contemplatione patris. l. fin. C. de vsufruct.* ibi: *Plerumq; verisimile sit testatorem contemplatione magis filij quàm patris vsumfructum ei reliquisse.* Et ibi notat *Glos.* tradit *Mantica de coniectur. lib. 8. tit. 16. n. 11. vbi ait: Quod etiam si patris mentio facta fuerit, intelligitur adiecta demonstrationis causa. Idem Mantica de tacitis lib. 13. tit. 21. n. 24. Mercurial Merlino de legitim. decis. 49. n. 9. Beroius cons. 28. vol. 2. nu. 34. Fontanella decis. 55. n. 13. optimus textus in l. fideicommissa. § interdum. ff. de leg. 3.* ibi: *Multum enim interest cui testator voluerit prospicere, cuiusque contemplatione fecerit. Ipse Fontanella de pact. claus. 5. glos. 8. p. 5. n. 74. cum seqq.* donde vn testador dexò a su muger por heredera, conque tuuiesse obligacion de donar los bienes a vno de los

hijos

hijos a su arbitrio: y resuelue, *Quod institutio prædicta nõ erat ad cõmodum vxoris, sed filiorum producta.* Comprobat *Surdus cons. 84. n. 38. lib. 1.* donde dize, *Quod quando dispositio fit alicuius contemplatione, cõpetit illi actio, etiam si ad eum verba non dirigantur l. seruo legato. §. si testator. ff. de leg. 1.* Y assi no es dudable que esta donacion fue solo en fauor de los hijos, y no mas. Y esto basta para que el General no pudiesse donar, ni disponer entre ellos mas que del tercio y quinto, como se ha dicho.

28 Y no se prueba lo contrario por la doctrina *de Baeça in dict. capit. 15. n. 6.* que es lugar que se alega por la otra parte: Porque antes de este mismo lugar se prueba lo que vamos diziendo; porq̃ disputa Baeça: Si podrà el padre capitular en el casamiento de su hija, que ha de mejorar al primogenito que della naciere? y la razon de dudar es, porq̃ la ley del Reyno q̃ prohibe las mejoras por via de casamiento, solo habla en las hijas. Y auiendo puesto por argumento todo lo que alega la otra parte, resuelue lo contrario en el num. 8. y siguiente, porque de esta manera se defraudaria la ley del Reyno, y el fin para que se hizo, que fue para q̃ no se diminuyessen ni defraudassen las legitimas de los otros hijos, y la causa del matrimonio no es bastãte para ello. Y esto procede ajustadamente en este caso, porque el prohibirse q̃ no puedan disponer entre los hijos mas que del tercio y quinto, es por cõseruar las legitimas de los otros, y assi no puede exceder, quier haga la mejora en fauor del mismo hijo que se casa, aunque interuenga tercero; quier la haga en fauor del hijo futuro, aunque lo paccione con su misma muger, como dize el mismo *Baeça dicto. n. 8. & 9. & nos in prima allegatione. n. 27.*

29 Y menos embaraça la doctrina *de Abendaño in l. 44. Taur. glos. 16. à num. 24.* Porque no disputa si la donacion hecha por causa onerosa de matrimonio, puede exceder del tercio y quinto: antes habla con supuesto de que no puede ser mas que del tercio y quinto; y en estos terminos disputa: Si vale la mejora en fauor de los hijos futuros y no nacidos? y si es irreuocable? y si ha de atender al tiempo que se haze, o al tiempo de la muerte? Y cõfessamos que resuelue que vale la donacion en fauor de los hijos no nacidos, y que no se puede diminuir por las deudas, ni se ha de atender al tiempo de la muerte, maximê auiendo hypoteca, y los requisitos de la *l. 17. y 44. de Toro.*

30 Pero la opinion contraria es mas segura y de mejores funda-

mentos, como se fundò en el primero papel ex *n.60.cum seqq.* Demas que aunque no lo fuera, la doctrina de Abendaño no es aplicable a este pleyto, porque esta donacion no se hizo sino al tiempo de la muerte, y assi se ha de entéder, vt diximus *n.25. cum seqq.* y fue condicional, y no se verificò la condicion de auer acetado los hijos el grauamen de las legitimas, *vt in 1. allegat. n.37.* Y como quiera que sea, solo respeto de los hijos pudo ser onerosa y irreuocable; pero auiédo muerto ellos, cessò la causa: y respeto de los transversales, en quien no milita, es reuocable y lucratiua, en que no ay duda que se ha de atender al tiempo de la muerte, *vt in 1. allegat. diximus n.72.* y en estos terminos no habla Abendaño.

31 Cæterùm, vt cumque sit, la opinion de Abendaño y los que le siguen, se ha de entender en caso que el padre no tuuo otros hijos a quien perjudicar, que entonces el mejorado se ha de preferir a los acreedores posteriores, porque tiene anterioridad desde el dia del contrato: pero si tiene otros hijos, se atiende al dia de la muerte, y las deudas contraidas medio tempore diminuyẽ los bienes. Y de esta manera se concuerdan las opiniones, y assi se declara *el señor Luis de Molina lib.4. cap.2. n.82.* a quien refiere y sigue *Iuan Gutierrez lib.2. practicar. q.53. in fine,* ibi: *Sed in hoc est tenenda distinctio, quam benè cum iuditio obseruauit idem Molina lib. 4. cap.2. n.82.* Lo mismo dize *en la q.60. lib.2. pract. y en la q. 101. lib.3. y el señor Don Iuan de Larrea allegat. fiscal.76. tom.2. per totam, vbi in specie pacti matrimonialis loquitur optimè Angulo in l.7. glos.1. nu.16. omnino videndo,* porque reprueba y responde a Abendaño, y a los que le siguen. Y con esto se excluye todo lo que alega la otra parte de la irreuocabilidad y causa onerosa, y si las deudas pueden diminuir la mejora, a que tenemos bastantemente satisfecho *in prima allegat. n.55. cum seqq.*

32 Tampoco obsta lo que se alega *n.33.* videlicet, que la *l.12. tit. 6. lib.5. recopilat.* y sus concordantes, que prohiben que el padre pueda disponer mas que del tercio y quinto en perjuyzio de los hijos, procede solo teniendolos al tiempo de la mejora; no empero quando no los tiene, y dispone en fauor de los no nacidos por causa onerosa de matrimonio; porque lo contrario es mas cierto por los fundamentos alegados en el primer papel *num. 27.* a que añadimos la doctrina *de Angulo in l.11. glos.6. in fine;* donde expressamente habla del pacto matrimonial, en que se pacciona q̃ suceda el primogenito que naciere, en todos los bienes por via

de

de Mayorazgo, o en tercio y quinto, y dize que se ha de reduzir y entender segun Derecho, videlicet, que si nace solo vn hijo, se entiende consistir el Vinculo solo en el quinto, que es de lo que el padre podia disponer: *Quia pactum vt succedatur in omnibus bonis vinculatis nato vnico filio ab omni iure alienum est; natis autem pluribus sustinebitur in tertio & quinto, vt dispositio seruetur meliori modo, de quo possit per ea quae dixi supra in l. 1. glos. fin. n. 34.* Y en el *num. 58. de la misma l. 1. glos. 10.* dize que esto procede no solo en donació simple hecha al hijo vnico, *sed etiam si esset facta ex causa onerosa matrimonij cum tertio.* Y en esta misma cóformidad es lo que dize *el señor Molina lib. 4. cap. 2. n. 82.* que es donde se alega por la otra parte, y el *señor Don Iuan del Castillo, y Hermosilla in l. 9. tit. 8. p. 5. glos. 1. n. 21.* ni ay quien diga lo contrario, ni pueda con fundamento solido, porque es certissimo que el padre no puede disponer en fauor de sus hijos nacidos, o no nacidos en mas de lo que permiten las leyes, porque los pactos matrimoniales *sapiunt naturam vltimi iuditij, vt diximus in prima allegatione n. 27.*

33 Y el otro lugar que se alega del *señor Molina lib. 2. cap. 10. n. 17.* es indigno deste pleyto, y desta doctrina, porque habla en diuerso caso, hoc est, en donacion hecha a estraño, no entre hijos, ni en perjuyzio dellos, porque entonces vale quando es por causa onerosa de matrimonio, porque no ay prohibicion respecto de el donatario: y la que ay respecto del donante para que no pueda donar todos sus bienes, se limita quando ex contractu oneroso fit. Y assi ay diferencia entre la donacion hecha en fauor del extraño, y del hijo: y de qualquier manera, como aya perjuyzio de las legitimas, siempre se reuoca, y se reduze la donacion: *Angulo in l. 1. glos. 10. n. 23. & 25. Hermosilla in l. 8. tit. 4. p. 5. glos. 13. n. 2.* Y en el *num. 6.* dize, que se reuoca la donacion, *etiam si sit remuneratoria, quia in praeiuditium filiorum, pater etiam remunerando donare nō potest.* Aunque sea dotando a la muger por causa onerosa de Nobleza, o juuentud, vt ait *n. 8. & 6.*

34 Y de aqui nace que por mas irreuocable y onerosa que sea la donacion, etiam cum tertio, y con las calidades de la *l. 17. y 44. de Toro,* se reuoca *ob natiuitatem filiorum, etiam si res donata sit tradita,* vt in specie resoluit *Mieres de maiorat. p. 1. q. 21. ex n. 49. & alijs traditis in nostra allegat. n. 27. cui addimus Angul. in l. 1. glos. 10. n. 60.* dōde reprueba a *Tiraquel. in l. si vnquam, verbo Donatione largitus, ex n. 122.* que es el fundamento de la otra parte.

Y lo

35 Y lo que se alega *ex n.37.* de que no fue necessario el consentimiento de los hijos para la validacion deste Mayorazgo de 4U ducados, se excluye facilmente: Porque lo que dezimos es, que no valio ex defectu potestatis, porque fue contra Derecho, y se ha de reduzir al tercio y quinto, porque no quedassen prejudicados los otros hijos, si no es que ellos consintiessen el perjuyzio.

36 Ni tampoco valio en perjuyzio del primogenito mejorado, porque se hizo con grauamen de su legitima. Y en este caso es llano no queda perfecta, ni irreuocable la donacion sin el consentimiento del hijo, porque no fue donacion graciosa, sino onerosa, y vltrocitroque obligatoria, vt dicit *Dom. Molina de primogenijs lib. 4. cap. 2. n. 66. cum traditis in nostra allegat. n. 37.*

37 Y no obsta que no lo ayan contradicho los hijos, porque no prejudica a los acreedores, y ellos puedẽ alegar la nulidad, quier se consideren como acreedores del General, o como acreedores de los hijos. Y esto se prueba por la doctrina de *Angulo*, que alega la otra parte *in l. 1. glos. 9. n. 30.* Porque *Angulo* haze esta distincion: O la donacion fue tal que el que la hizo la puede reuocar, o no. Si la puede reuocar, tambien pueden sus acreedores, aunq̃ el no quiera. *Quia treditores succedunt in omni iure debitoris, & per consequens in ius reuocandi donationem, quod est æstimable, & in eius persona liberum.* Pero si fuere irreuocable, es necessario ver si fue in fraudem, vel non. Si fue en fraudem, los acreedores pueden reuocar, y si no, no. Pero si al tiempo de la muerte, no ay para pagar los acreedores, aunque la donacion sea irreuocable, adhuc si fue inoficiosa, y en perjuyzio de las legitimas de los otros hijos, la pueden reuocar, vt ait *Angulo*, ibi: *Quamuis si attento tempore mortis ratione futurorum creditorum, & æris alieni postea contracti non possit contineri intra tertium & quintum bonorum, posset per querellam ratione legitimarũ aliorum filiorum reuocari, cùm etiam donatio irreuocabilis huic periculo obnoxa sit, vt dicemus in l. 7. glos. 1. n. 16.*

38 Conforme esta distincion, los acreedores son partes, porq̃ los q̃ lo son del General, pudieran reuocar la donacion, como el mismo, pues siendo nula y contra las leyes, el mismo la pudiera impugnar, *vt diximus in 1. allegat. n. 27. & in simili* tradit *Baeça de nõ meliorãd. cap. 34. n. 2.* donde resuelue q̃ el padre puede impugnar su misma donacion, quãdo fue nulla y cõtra la ley, & per cõsequẽs sus acreedores, por la doctrina *de Angul. vbi proximè, & probat text. in l. si cui. C. de non numerat. pecun.* dõde se dispone q̃ el acreedor pue-
de

de oponer de la excepcion *non numerat. pecun.* que competia a su deudor, etiam aunque èl no se quexe, ni la oponga, vt patet ibi: *Nec & prohibeantur quod principalis debitor ea nunquam visus fuit.* Y esta ley procede *in quocumque iure, vel actione competente debitori*, como lo dize *Paulus de Cast. in l. cùm seruum. C. de seruis fugit. Cancer. variar. lib.1. cap.18. & p.2. cap. fin. n.128. dum ait sic: Hinc creditorem aduersus alium creditorem in causa graduationis bonorum debitoris posse opponere exceptionem præscriptionis, per l. si cui. C. de non numer. pecun. quæ licèt loquatur in exceptione non numeratæ, habet tamen locum in qualibet exceptione.* Y dà la razon *Baldo en la misma ley*, videlicet, porque los acreedores son interesados en la misma excepcion. *Gratian. discept. 715. n.26. Fabro in Cod. lib.8. tit.6. diffinit.18. & tit.24. diffin. 39. n.3.*

39 Esto mismo procede en los acreedores de los hijos, y con mayor razon, porque no pueden renũciar las legitimas tacita ni expressamẽte en perjuyzio de los acreedores, vt tenet & cõprobat *el señor D. Iuan del Castillo lib.5. cap.112. n.51. Fontanella de pact. claus. 4. glos.9. p.5. ex n.12. & 118. vsque 122. Peregrin. de fideicommiss. art. 3. à n.128. vsque 138. optimè Graciano disceptat. 594. tom.3. n.15.* donde resuelue que el derecho de pedir las legitimas, es transmissible a los acreedores, *siue filius in vita illas petierit, siue non*, porque este derecho *semper trãsfertur, licèt filius in vita tacuerit, nec aliquem actũ fecerit pro legitima consequenda, vt ait. n.18.* y lo mismo resuelue en la *decis. de Marquia 4. n.22. & 30.* y en la *discept. 983. n.19. tom.5.* Y este derecho de reuocar la donacion inoficiosa y nulla, es cessible, *vt tenet Baeça de non meliorand. cap.32. n.15. & 17.* y assi viene en la obligacion general, aunque no se diga. *l.3. C. de hæreditat. vel act. vend.* y latissimè defiende esta opinion *Mercurial Merlino de legitima lib.3. tit.2. q.29.* donde reprueba y responde a *Mangilio de imputat. q.48. n.26. & 27.* a quien alega la otra parte en su papel. *n.81. Nouissimè Carleual de concursu creditor. lib.1. tit.3. disputat. 25. n.18. cũ seqq.* dõde concluye q̃ el hijo no puede en perjuyzio de sus acreedores, consentir el grauamen de su legitima, ni repudiarla; y trae todos los textos y lugares desta materia, y responde a Mangilio, y a los demas de contraria opinion. Lo mismo disputa y concluye *Bellonio consil.33. per totum*, donde resuelue que el padre no puede restituir ante mortem a sus hijos en perjuyzio de sus acreedores. Y assi no obsta lo que la otra parte opone *n.82.* que Don Iuan de Oçaeta consintio el grauamen de su legitima en el Mayorazgo de los 4U. ducados, y que pidio en este concurso el

de tercio y quinto por quando hizo estos actos, ya estauan contraidos los acreedores, a quien no pudo prejudicar.

40 Finalmente, supuesto que este Vinculo se extingui o por la disposicion del Maesse de Campo ex voluntate patris, y por la transaccion, como se ha fundado, todo quanto mas se alega por los acreedores, es sobrado y superfluo, porque para obtener basta lo primero.

41 A todo lo que se alega por la otra parte en quanto al Mayorazgo del tercio, se responde con lo mismo que està alegado en el de los. 4ꝟ. ducados. Y demas a mas se añade, que en el Mayorazgo del tercio y quinto bonorum, como aqui, aunque sea por causa onerosa, no es dubitable la opinion de que se ha de computar al tiempo de la muerte, y que las deudas han de ser preferidas, y assi justamente lo determina la sentencia de Vista; y en el pleyto de Don Gabriel de Torres, se determinò lo mismo; y antes se auia determinado por otra Executoria en el mismo pleyto, *& latiùs fundauimus in prima allegatione. n. 60.*

III. AGRAVIO.

Del Patronato de Don Aluaro Ponze.

42 AGrauiase el Patronato, de auer graduado primero el tributo de Assensio Martinez Assurdui, y el de Domingo Leaegui, y el de Antonio de Vrquiçù, siendo posteriores en el registro, porque el tributo del Patronato aunque se impuso el año de. 611. en tres de Abril, se registrò el mismo dia. Y el tributo de Domingo Leaegui, aunque se impuso en nueue de Março de. 588. se registrô en. 29. de Mayo de. 627. y se le dà el. 6. lugar en la sentencia. Y el de Antonio de Vrquiçù se impuso en 17. de Março de. 588. y se registrò en. 29. de Mayo de. 627. y se le dà el septimo lugar. Y el de Assensio Martinez se impuso el año de. 584. y se registrò en. 7. de Iunio de. 627. y se le dà el quarto lugar.

43 Y pues conforme a la ley del Reyno, que es la. *l. 3. tit. 15. lib. 5.* el tributo que no fuere registrado dentro de seis dias, es nullo, y no puede tener prelacion, justamente pretende el Patronato de Don Aluaro Ponze, que èl ha de ser preferido a todos, pues cumplio con la forma de la ley.

QVAR

QVARTO AGRAVIO.

No auer dado subrogacion especial a doña Luzia de Alçate, por el credito de 12U. ducados.

44 EL motiuo que parece tuuo la sentencia, fue no constar que este dinero se huuiesse conuertido especialmente en la redencion de tributos ciertos, como constò de otros que declarò Lucas de Yturbe, a los quales se les diò sucession en el derecho de aquellos mismos tributos, como consta de los grados que se dieron a diferentes acreedores desde el 9. hasta el 23.

Pero aora en la instancia de Reuista se han presentado dos testimonios, por donde consta, que los ocho mil ducados de ellos se conuirtieron en redimir vn tributo que pagauan los bienes a Christoual Ruyz de Auiles, por escritura de primero de Febrero de 597.

Y por otro testimonio consta, que con los quatro mil ducados restantes auia redimido otro tributo de Gonzalo de Arméta, y Iuan Alonso de la Serna, de q̃ se haze relacion larga en el vltimo memorial, fol. 12.

Y aunque contra este vltimo testimonio se ha opuesto, que era traslado de traslado, aora vltimamente se ha presentado el testimonio original de donde se sacò, firmado de Alonso de Gallegos, escriuano que fue de Prouincia, por el qual consta, que el mismo Lucas de Yturbe puso demanda a doña Francisca de Ribera, que era quien auia recibido el dinero, como tutora que auia sido de sus hijos, que auian sucedido en aquel tributo, y dixo, que no era parte para chancelar, porque pertenecia a cierta Capellania, y auia de depositar el dinero, y en este estado se sacò el testimonio, para que constasse por la confession del mismo Yturbe, como este dinero se auia conuertido en la redencion de aquel tributo: y desto claramente consta que debiô de quedar redimido con la paga, o con el deposito, pues oy no lo paga esta hazienda.

45 Y esto es bastante probanza de la version, vt ferè in terminis tradit *Mangilio, decis. 82. num. 2. al fin del tratado de subhastationibus*, ibi: *Et si probatio versionis esset necessaria respectu census scutorum septuaginta trium, est clara, quia probatur concludenter extinctio census Firmani respectu verò aliorũ censuũ est multum verosimilis, cum per spatium tanti*

temporis

temporis nunquam fuerint petiti à capitulo fructus illorum censuum, & ab eo per spatium viginti octo annorum fuerint soluti fructus scutorum centum quinquaginta istorum censuum & probatur extinctio alterius census maioris summæ; versio enim probatur præsumptionibus, & coniecturis, Bartolus in l. ciuitas ff. si certum petatur.

46 Y supuesto que se justifican estas redenciones por la declaracion de Lucas de Yturbe, es preciso que se le dè el mismo grado de subrogacion a este credito, que a los demas especiales, pues no tiene ninguno mas comprobacion, que la declaracion de Lucas de Yturbe, a quien se debe dar credito en esta materia, *vt diximus in prima allegatione num. 95. ex decis. Rotæ, per Farinaciũ. 714. num. 3. in posthumis, tom. 1. cuius verba ibi referuntur, &c.*

QVINTO AGRAVIO.

Auer dado vn mismo grado a todos los acreedores de subrogacion juntos.

47 AVNQVE no consta de la redencion especial, basta que conste, como consta, de la extincion general de todos los tributos que se redimierõ, que fueron 24. quentos. 267U.420. marauedis, y en ellos se debiò hazer la graduaciõ por via de subrogacion, y sucesion, graduando a cada vno conforme a las fechas de sus escrituras, subrogandolos en los tributos que se huuieren extinguido con aquel dinero, pues se presume auerse redimido con el dinero que se tomò mas inmediato a la redencion, *vt tradit Tiraquellus, de retract. lignagier. §. 32. glossa vnica n. 24. & diximus in prima allegat. n. 104. cum seqq.* Y concurren en estos tributos todos los requisitos necessarios para la subrogacion, que refiere la glossa: *in l. 1. C. de his qui in prior, &c.* Y la otra parte en su papel. *n. 26. & in nostra allegat. diximus. n. 96. cum seqq.*

48 Sin que obste dezir que en estos nueuos contratos faltò el pacto de subrogacion, que es vno de los requisitos principales, y q̃ por esso no pueden tener mas de vna accion personal negotiorũ gestorum: y este parece que fue el motiuo de la sentencia de Vista, que los graduò por personales, aunque la otra parte quiere ayan faltado dos requisitos, el pacto, y la version, como dize *ex num. 9. cum seqq.* Pero esto se excluye con euidencia de el mismo Hecho, pues consta que se tomò el dinero para la redencion, y para

para esto se dio la informacion, y la licēcia, y el poder, y expressamente se hizieron los contratos para este fin, y en efecto se halla executado con las mismas redenciones, y probado cō la quēta y declaraciones de Lucas de Yturbe, que fue la persona por cuya mano passò todo, q̄ es lo que basta, *vt in prima allegat. diximus, ex decis. 714. Farinatij in posthum. num. 3. tom. 1. & hic ex Mangilio de subhastationibus decis. 82. supra relata.* Y assi parece que lo sintio la sentencia de Vista, pues eo ipso que les dio grado por acciō personal negotiorum gestorum, tuuo por probada la version, pues aliâs no fuera vtil, ni se les diera grado.

49 Y no obsta dezir que D. Maria de Oçaeta auia recebido grandes sumas de marauedis y mercaderias que vinieron de las Indias el año de. 604. Porque de esto no ay mas comprobacion q̄ vna declaracion de Lucas de Yturbe, en la quenta que dio a Doña Maria de Oçaeta. Y es muy de ponderar que en la misma quēta està la declaracion que hizo Lucas de Yturbe, en quanto a las redenciones, y no quiere la otra parte que se le dè credito en fauor de los acreedores, y quiere que se le tenga en lo que le importa, siendo assi que en lo que toca a la subrogacion, no solo ay la declaracion de Yturbe, sino escritura, y los mismos tributos redimidos que hazen euidencia, y de tanto dinero y mercaderias como dizen que recibio, no ay mas que la declaracion.

50 Pero en esto no nos embaraçamos, porque aunque fuesse cierto que el año de. 604. huuiesse recebido la dicha Doña Maria vn millon en mas de diez años, como huuo desde entonces hasta q̄ tomò los tributos, ya lo auia todo consumido, y era necessario q̄ constasse que entonces tenia aquel dinero, y no necessitaua de tomar otro, y en el interim tienen por si la presuncion los acreedores, pues en tan largo tiempo todo se presume alterado. *In decenio totus mudus resoluitur*, dixo *Aluaro Valasco consultat. 43. n. fin.*

51 Y boluiendo a satisfazer a la dificultad y duda que se opone, de que no huuo pacto: dezimos que los acreedores no dizen, ni pretenden que para la subrogacion no es menester pacto, antes lo confessamos llanamente, y lo que dezimos es, que lo huuo expresso, como consta con claridad del poder, y se refiere en el Memorial. n. 40. ibi: *Para quitar y redimir los censos y tributos al quitar, q̄ yo e los dichos mis hijos pagamos sobre nuestros bienes y hazienda a diuersas personas, subrogando e que subrogue el derecho y antelacion que tienen los tributos que con el tal dinero se redimieren y quitaren, y entren en su lugar los*

tributos que asi de nueuo se impusierẽ, e situarẽ, y gozen de aquel mismo derecho y prelacion, y pueda presentar los memoriales de los tributos que asi se huuieren de redimir, y quitar con el dinero que asi de nueuo tomaren. En virtud de este poder se presentô el Memorial, y se dio la licencia, y se concedio en la misma conformidad, y se obligô a redimir dẽtro de cierto termino. Y en esta misma conformidad, y para el mismo efecto de redimir los tributos de la memoria, y suceder en ellos, dio cada vno su dinero, insertandose en la misma escritura el poder y la memoria, y licencia, y obligãdose con pacto expresso a que dentro de dos meses auia de mostrar testimonio de la redencion, como mas largamente consta de las escrituras.

52 Supuesto esto, no es dudable que aqui huuo pacto de subrogacion, y que debaxo del contrataron los acreedores, y no fue necessario que lo boluiessen a referir en la escritura, porque bastò estar en el poder, y insertarlo en la escritura, y contratar en virtud del, y dar su dinero para redimir los tributos antiguos, insertando la memoria dellos, y obligar precisamente a la redenciõ, porque todo esto fue hazer pacto de subrogacion, y obrò lo mismo que si formalmente lo huuiessen dicho y escrito los acreedores; porque el auerse hecho mencion de la subrogacion en el contrato con estas circunstancias, es lo mismo q̃ si fuera expressa conuencion, y pacto de ella. Esto se prueba ajustadamente (nostro videri) en el authentico *de argentariorum contractibus, collat. 9. tit. 19. nouella. 135. cap. 5.* este texto dize, que no se ha visto contraer hypoteca en los bienes, si expressamente no se pacciona en el contrato: pero si en la escritura se haze mencion de la hypoteca, o se expressan los bienes, aunque formalmente no se paccione, o huuiere algunas clausulas tales, que dellas se pueda inferir, que el deudor quiso hypotecar, entonces es lo mismo que si hiziera el pacto expresso. Y esta inteligencia y interpretacion es benigna, porque los acreedores no queden defraudados del auxilio de la hypoteca, con que se quisieron assegurar. Las palabras del texto dizen asi: *Neque enim temere hypothecam dederimus his, qui de ea pactum non fecerunt, nisi omnino in scriptura eorum, quæ in bonis sint, comprobetur facta esse mentio; aut ipsi bona sua pignori opposuerint, aut saltem hoc simpliciter adiecerint periculo eorum, quæ in bonis habeant; aut denique aliquid prosecuti fuerint, aut conscripserint eiusmodi quod intellectum quemdam hypothecæ afferat; tunc enim ipsis etiam hypothecam præbemus, vt neq; legem nostrarum in-*

vni-

vniuersum naturam perturbemus, neque ipsius tolerabili defraudemus auxilio. No puede ser mas ajustado a el caso, porque aqui no solo huuo mencion expressa de la subrogacion en el poder, sino orden precissa de subrogar, y de otra manera no podia contratar el Procurador, porque fue forma del poder, ibi: *Subrogando, y que subrogue, y para esto presente la memoria de los tributos*. Y presentò este poder y memoria, y vsò del, tomando el dinero para el mismo efecto; y aunque no boluiò a repetirlo en el mismo acto del contrato, no fue necessario, porque con insertar la memoria, y el poder, fue lo mismo que repetirlo, y subrogar; como el que expone los bienes para obligarlos, que es el exemplo que pone el texto, y luego prosiguiò; *Obligandose a mostrar testimonio de la redenciõ*. Y para que efeto auia de ser esto si no era para hazer la subrogacion? *Aut denique aliquid prosecuti fuerint, aut conscripserunt eiusmodi, quod intellectum quendam hypothecæ adferat*.

53 Esto se coadjuba, porque para que los acreedores hiziessen pacto y conuencion de suceder en los tributos antiguos, no fue necessario que ellos lo dixessen expressamente, sino doña Maria de Oçaeta, como lo dixo en el poder; assi lo aduirtiô *Rodriguez, de redditibus, lib. 1. q. 14. num. 22*. porque el deudor solo es quien ha de hazer la subrogacion, y assi auiendolo dicho doña Maria de Oçaeta bastò, y los acreedores no lo contradixeron, sino contrataron con aquel poder, que contenia la calidad de subrogacion: y esto es lo mismo que auerlo consentido y expressado, porque conuinieron en el mismo pacto, y de qualquier manera pudieron adquirir la hypoteca anterior hauiendolo consentido el deudor: porque el subrogar no es mas q̃ añadir otra hypoteca, y assi basta que de qualquier manera conuengan en ella el deudor y el acreedor eo ipso que contratã por aquel fin de extinguir el acreedor anterior con intencion de subrogacion. *l. 1. §. conuentionis. ff. de pactis*: *Adeo autem conuentionis nomẽ generale est, vt eleganter dicit Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem, siue re, siue verbis fiat*. Y luego prosigue: *Sed conuentionum pleræ in alium nomen transeunt, veluti in emptionem locationem in pignus, vel in stipulationem*. Y prosigue la *l. Labeo* siguiente: *Labeo ait conuenire, vel re, sed etiam tacitè consensu conuenire intelligitur*. Y assi para celebrar el pacto de subrogacion, no fue necessario que se repitiera en la escritura. *l. minus instructus. C. de acquirenda possessione*, ibi: *Licèt enim instrumento non sit comprehen-*

sum quod tradita sit possessio ipsa, tamē rei veritate id consequutus est, si sciē te venditore in possessione fuisti. Demas de que este pacto era en fauor de los acreedores, y no es verosimil que lo cōtradixessen, ni menospreciassen, pues no solo adquiriā la hipoteca de sus cōtratos, si no sucedian en la otra de los tributos antiguos, con que estauan mas asseguraдos, pues adquirian dos hypotecas, *vt ait Negusantius de pignoribus.3.membro.5.p.n.45.* Y para conseguir esto, dieron su dinero a tributo con pacto de que se redimiessen los otros; y el fin principal de tomar el dinero y darlo a tributo, era para extinguir los tributos antiguos, y subrogarse en su lugar; y asi aunque los acreedores no aceptassen, ni repitiessen expressamente el pacto de subrogacion, consintieron en el, y adquirieron la hypoteca, y accion de su contrato, y la de los otros: y asi se ha de entender, porque eran interessados grandemente en adquirir estas dos hypotecas. Pruebase este discurso de la doctrina de *Mantica de tacit. & ambig. lib.14. tit.9. per tot.* donde disputa *Si quis interroget; vendis mihi domum pro mille; & alius respondeat; Vendo.* Duda Mantica, si se le adquieren dos acciones al vendedor para el precio, vna *ex vendito*, y otra *ex stipulatu*. La razō de dudar es, porque en este contrato no se paccionò formalmente la estipulacion, ni huuo aquella formalidad necessaria, videlicet; *Promittis mihi mille ex vendito? promitto.* Sino solo la respuesta, *Vendo*, con que solo se perficionô el contrato de venta, y no mas. Y resuelue Mantica, que eo ipso que huvo pregunta precedente, y en virtud della se efetuò el contrato de venta, fue visto conuenir, y paccionar tambien la estipulacion, como si formalmente huuiera respondido a ella, y asi se le adquieren ambas acciones, *ex vendito, & ex stipulatu, quia cum vtrumque agitur, neque vnum alterum excludit, nihil prohibet, quominus vtrumque possit intelligi: in proposito autem contrahentes voluerunt principaliter contrahere emptionem, & venditionem, & accessoriè interponere stipulationem: ergo potest intelligi contracta etiam stipulatio, cuius forma est obseruata cum præcesserit interrogatio, & sequuta fuerit congrua responsio, vt ait Mantica. num.4.* Y con este presupuesto prosigue todo el capitulo; porque tiene por constante, que bastò auer precedido la pregunta, para que se tenga por congrua la respuesta, con efetuar el contrato principal, *Quia stipulanti expedit, vt duplicem habeat actionem, nec officit, quod promissori non possit competere actio ex stipulatu, quia ipse non obseruauit formam stipulationis.*

Y es

54 Y es muy buena para este intento la definicion. 7. de *Fabro, libro. 8. tit. in quibus causis, &c.* donde resuelue, *quod pignus conuentionale inducitur ex tacita mente contrahentium, licèt nihil de pignore expressim conuenerint.* Cõprobat *Censio, de censib. q. 103. in vltima impressione, aliàs. 3. p. cap. 1. q. 3. art. 1. n. 17.* donde disputa: Si por sola la venta del censo se entenderà estar extinguido, quando en el contrato no ay palabras de extinccion, sino de venta? y resuelue, *quod mentem, & intentionem contrahentium, & effectus contractus magis quam nomen spectare debemus, & sic ex præsumptionibus, & coniecturis colligi potest, ita quod si verba possint, secundum mentem contrahentium recipere sensum, vt potius sonent in extinctionem translatiuã iurium anteriorum, iste sensus erit capiendus, licèt repugnet propriæ verborum significationi: quando autem non ita facilè elici potest ex verbis instrumenti qualis fuerit mens, & intentio contrahentium: sed si casus est dubius, an verba sint dirigenda ad venditionem, an verò ad extinctionem? eo casu, si verba referantur ad eum, qui tenetur censum redimere, & extinguere importabunt extinctionem, & redemptionem, non verò venditionem.*

55 Esta doctrina se aplica bien à este caso, porque en este contrato el intento de los contrayentes fue, imponer nueuos tributos para redimir los antiguos, y que se subrogassen los nueuos en la hypoteca y anterioridad de los otros, como se prueba del poder, y de los pedimientos y licencias que estan insertos en los contratos. Y quando no se aya repetido este mismo pacto en la escritura con claridad, en duda se ha de entender y interpretar en fauor de los acreedores, pues en su fauor se hazian los cõtratos, y el pacto de subrogacion, porque le puso Doña Maria de Oçaeta por palabras claras: y basta el pacto precedente en el poder para que todas las demas palabras y clausulas del contrato se interpreten conforme a el en fauor de los acreedores. *l. is qui suis nummis. 3. §. verum. de manumissionib. tradit Rota per Alexandrum Ludouisium decis. 156. n. 4. vbi ait, quod ex conuentione præcedenti censetur secuta extinctio in eius executionem, maximè stante breuitate temporis & actuum vicinitate: non etiam est verosimile quod cùm partes egerint de translatione, voluerint ab ipsa conuentione recedere, præsertim nulla extãte causa mutationis, nec refert quod eadem die non fuerit apocha, & instrumentum, quia voluntas eadem durare præsumitur.* Lo mismo dize la *Rota per Censium decis. 359. n. 2.* ibi: *Quinimo si esset dubium: Vtrùm titulus aut cessionis, aut extinctionis esset attendendus? In hac facti specie visum fuit potius verba dirigenda ad retrovenditionem & extinctionem, pro*

pter præcedentẽ obligationem de extinguendo censum. Bart. in l. si patruus n.5. vers. Item præsumitur. C. com. vtriusque iudic. Surdus post alios cons. 431. n.4. lib.3. ipse Censio decis. 368. n.2. donde resoluio que se auia extinguido vn censo *translatiuè pro cõseruatione iurium anteriorum*, aunque no estaua dicho assi en el mismo contrato, solo porque se auia començado con palabras que lo insinuauã, y auia vn instrumento antecedente: *Nam cùm possent recipere sensum de translatione, prout conuentum fuerat in priori instrumento, ac etiam intelligi possint; de primo effectu sensus est retinendus, quia per talem intellectum inseruitur voluntati contrahentium.* Y assi en este caso se entiende el pacto de subrogacion en fauor de los acreedores, pues por ellos se hazia: y basta que estê en el poder aũque no se aya repetido en la escritura: *ita Censius de censibus q.107. aliàs 3. p. cap.1. q.3. art.5. n.5.* ibi: *Licèt autem super ista voluntate non fuerit confectum publicum instrumentum & scriptura, sufficit tamen voluntas posita & explicata in primo instrumento venditionis census, quæ adhuc durare & perseuerare præsumitur.*

56 Cæterùm, el poder de Doña Maria de Oçaeta fue el que dio forma a los contratos, y los preparò con la condicion de la subrogacion, y assi fue principio y prefacion de los contratos. Cõ lo qual no fue necessario repetir la subrogacion en el contrato, porque se entiende estar repetida: *Quia ea quæ dicta sunt in præfationibus, videntur in sequentibus repetita, quando præcedentia sunt præparatoria sequentia, veluti si sunt forma, vel quasi forma eorum quæ sequuntur.* Esta es doctrina de *Bartulo*, y otros a quien refiere *Mantica de tacitis lib.3. tit.4. n.7.* de que infiere en el *num.11. Quod si in præfatione dixerit quis se venditurum esse fundum cum pacto retrovendendi, & instrumento venditionis scriptum fuerit sine pacto, nihilominus pactum debet obseruari: quia quæ dicuntur in præfationibus, censentur in contractu repetita. l. Titia. §. idem respondit, el primero ff. de verbor. oblig.* Y lo mismo procede en diuersos contratos, quando el segundo contrato se haze en execucion del primero, y para su aumento y perfecciõ y quando milita la misma causa y razon: *ita Mantica d. lib.3. tit.3 num.8. & 9.* Y pues aqui se puso el pacto en el poder, y en execucion del se hizieron los contratos, todas las calidades del poder se entienden repetidas en el contrato, por el mandato precedente: sic *Mantica de tacitis lib.6. tit.17. nu.12.* donde dize; *Quod si pater mandauerit tutori, vt in bonis filij sui negotiationem exerceat ratione præcedentis mandati, videtur etiam nomine pupilli negotiari, quia man-*

mandatum patris tutor tenetur obseruare. l. Lutius. §. tutorem. ff. de administrat. tutor. optimè *Surdo, decis. 325. numer. 7. y 8.* donde dize: *Quod actus qui sequitur, præsumitur factus in executionem eorum, quæ præcesserunt. l. 3. §. verùm. ff. manumiss. l. qui aliena. §. si is qui putabat. ff. de adquir. hæredit. Et ideò vbi mandatum præcessit, si procurator contrahendo non exprimat, an actum faciat proprio, vel procuratorio nomine videtur nomine domini contrahere, gloss. in dict. §. is qui putabat, & in l. si pupilli. §. 1. ff. de negot. gest.* ipse *Surdus, post alios, cons. 19. n. 24. tom. 1.* latè *Noguerol, allegat. 20. ex nu. 33. cum seqq. Fussario de subst. quæst. 627. num. 32. & 33. Rodriguez de redditibus, lib. 3. q. 11. num. 80. & sequenti,* & in specie tenet el señor *Molina, lib. 4. cap. 4. num. 31. & seqq.* donde resuelue, que el que tuuo poder o facultad (que es lo mismo) para vender bienes de mayorazgo, y subrogar otros cō el precio, si vendiò, y comprô sin dezir que subrogaua, se entiēde subrogar los bienes comprados, porq̃ la compra se ha de interpretar segun la forma y condicion del mandato precedente, *vt diximus in prima allegatione n. 101. cum seqq.*

57 Y quando se duda, si huuo pacto de subrogacion, *coniecturis potest probari, vt tradit Tiraquel. de retract. lignagier. §. 32. gloss. 1. nu. 23. cum seqq. vbi tenet quod non datur subrogatio nisi expressè actum fuerit, vel ex alijs coniecturis comprehendatur.* Y pondera casi todas las conjecturas que concurrē en este caso, que son, la declaracion, y orden expressa que dio doña Maria de Oçaeta en el poder para que se hiziesse la subrogacion, con que se prueba su voluntad; *Fateor tamen* (dize *Tiraquelo*) *quod si is qui ita vendidit vnum fundum, vt ex pecunia illius alterum emat, siuè declaret eo se animo, siuè nomine id facere, vt hic fundus alterius locum subeat, sequi debemus eius declarationem, glos. in l. sed si, & lege. §. 1. ff. de petit. hæreditatis:* y esta doctrina se puede tambien aplicar a la declaracion que hizo tambien Lucas de Yturbe, de las redenciones que auia hecho en execucion de la orden y poder que tuuo. Prosigue Tiraquelo en el num. 24. diziendo, que tambien se prueba y supone el pacto de subrogacion, quando *confestim venditione facta pecuniam in emptionem aliorum prædiorum conuerterit, quia id faciens satis videtur ex temporis breuitate declarare in id se vendidisse, vt emeret, substitueret hunc fundum in alterius locum, nam ex breuitate temporis præsumimus, ea quæ secuta sunt in primo actu fuisse cogitata, eumque ipsum ab ea factum fuisse, & præsumitur pecuniam aliunde receptam fuisse conuersam in prædij emptionem l. si ventri. §. vltimo. ff. de priuileg. credit.*

Y en

Y en el num. 25. dize; *Nihil autem interest verbis, aut facto voluntas declaretur, ideoq; hic non minus censeatur fundus ex pecunia alterius emptus, vt loco illius subrogetur quam si id verbis declarasset, ex quibus etiam potest intelligi idem esse, si ex alijs coniecturis deprehendatur vendentem eo animo & consilio fecisse, & ne de his hæsites scire debes, etiam in particularibus, ne dum in vniuersalibus subrogatum in locum alterius eius naturam sapere, vt aperte probat. l. si donat æres. §. si sponsus. ff. de donat. inter virum, & vxorem. Igitur vt concludam, si vendens voluerit hunc posteriorem fundum in locum prioris subrogare, idque declarauerit, vel expressè, vel tacitè, nihil est quod sit dubitandum eundem censeri, eiusdem esse naturæ.* Y por este fundamento resuelue el señor *Gregorio Lopez, quod pretium redactum, ex re maioratus alienata ex Regia facultate, sit etiam maioratus, etsi id in Regia facultate non exprimatur, refert Dom. Molina, d. ct. cap. 4. n. 28. Gaito, de credito, cap. 4. q. 11. num. 1382. & n. 1412. vbi expressè tenet, quod pactum subrogandi probatur coniecturis, quando expressè, vel tacitè facto, aut verbis constat de voluntate debitoris volentis rem pro pretio subrogare: ita Surdus decis. 306. n. 12.* donde resuelue que para la subrogacion basta la voluntad del deudor cõjeturada: y en este caso no se puede dudar de esta voluntad, pues en el poder hizo la subrogacion expressa Doña Maria de Oçaeta, y en el consistio la substancia de la subrogacion por su volũtad: ita *Manti. de tacitis tom. 1. lib. 11. tit. 22. n. 16.* donde dize, *Quod in mandato consistit substantia obligationis.* Y entonces fue quando Doña Maria de Oçaeta obligò y hypotecò a los nueuos acreedores aquella misma hypoteca y anterioridad que tenian los antiguos, y para esto bastò solo su voluntad tacita, o expressa, como bastò para la nueua hypoteca. *l. 1. & l. contrahitur. ff. de pignoribus. l. 2. C. quæ res pignori. Quia pignus & hypotheca contrahitur inter absentes per nuntium, aut per epistolam. l. creditor in fin. ff. de pignoribus l. consensu, vers. Vnde inter absentes. ff. de actionibus. & obligat. l. 1. in fin. ff. de de contrahend. emptione.* Y para esto bastan qualesquier palabras, *d. l. contrahitur. ff. de pignoribus.* Y assi lo mismo es auerlo ordenado y subrogado en el poder, que si fuera en vna carta embiada a el mismo Yturbe, porque en vno y otro milita la misma razon, pues en el poder consta la substancia de la voluntad y obligacion, vt ait *Mantica. d. tom. 1. lib. 11. tit. 22. n. 16. Et epistola consensus cuiuscumque probatur, & pactum, & conuentionem. l. 2. ff. de pactis, Et quia hæc scriptura semper loquitur, & clamat. Genua de priuat scriptur. lib. 3. quæst. 11. num. 7. plures in specie congerit Gaito de credito, cap.*

4. quæsito. 6. ex num. 226. vsque 270. toda esta doctrina corre con llaneza en este Reino, y se califica por la *l. 2. del tit. 16. lib. 5. recop.* que dize assi: *Pareciendo q̃ alguno se quiso obligar a otro por promission o por algun contrato, o en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligò, y no pueda poner excepcion, que no fue hecha estipulacion, que quiere dezir prometimiẽto con cierta solemnidad de derecho, o que fue fecho el contrato, o obligaciõ entre ausentes; ô que no fue fecho ante escriuano publico, o que fue fecha a otra priuada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligô alguno que daria otro, o haria alguna cosa; mandamos, que toda via vala la dicha obligacion, y contrato que fuere fecho en qualquier manera que parezca que vno se quiso obligar a otro, &c.* Esta ley comprueba todo este discurso, pues se contenta con que parezca que vno se quiso obligar, aunque verdaderamente no conste del pacto, ni de su formalidad, porque basta que de todo el contrato se infiera, como en este caso.

59 Finalmente no se puede alegar mejor comprobacion de esta doctrina que la sentencia de Vista, pues en ella se dà grado de subrogacion a todos los acreedores que han presentado testimonio de redencion, siendo assi que todos tienen las escrituras de vn mismo tenor; y si falta el pacto de subrogacion, en todas falta; y si le ay en la forma que estã las escrituras, en todas le ay: y assi justamente a todos se debe dar grado de subrogacion.

Sin que haga diferẽcia el testimonio de redencion especial, porque por el solo se prueba la version especial: y esta version tambien se prueba por las otras redempciones, aunque no con aquella especialidad, y por esso la graduacion se ha de hazer entre estos acreedores que no muestran testimonio generalmente, por sucession en todos los tributos redimidos, cotejando las redenciones con el entrego del dinero de cada vno, pues por la breuedad de la redencion se prueba y presume la version, y la subrogacion: *Argum. text. in l. si ventri. §. fin. ff. de priuileg. credit. Gutierrez practic. q. 85. n.* *Barbos. solut. matrim. 3. p. rubricæ. n. 74. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 50. n. 5. & 6. quos & alios refert Gaito de credito cap. 4. q. 11. n. 1382. & seq.*

60 Y quando no se pudiesse ajustar con puntualidad el tiempo y las graduaciones para dar a cada acreedor grado especial de subrogacion, se han de graduar todos juntos, rateando en el valor de los tributos redimidos, pues son acreedores de vna misma estacion, y y calidad. *l. priuilegio, ff. de priuilegio creditorum. l. filio*

hominum.§.quoties,fin.ff.depositi.l.1.§.si plures.ff.de tributoria actione. *Gregorius Lopez in.l.11.glo∫.4.in fin.tit.14.partit.5. Straca de coctoribus part.vlt.n.20.v∫que.26.* Y este grado no se les ha de dar como acreedores personales, y sin reditos en los bienes del General, sino como hypotecarios, pues lo son, como se probarà en el agrauio siguiente.

SEXTO AGRAVIO.

Auer graduado a los Acreedores de subrogacion, como personales y sin reditos en los bienes del General.

61 DOs agrauios contiene esta sentencia: vno hazer personales los acreedores: y otro, no darles reditos. Porque aunque sean personales en los bienes del General, se les deben reditos.

El primero se funda en las escrituras, pues ningun acreedor ay que no venga con su escritura publica, y obligacion expressa, especial y general de bienes: y aunque no huuiesse pacto de subrogacion, como pretende la otra parte, son hypotecarios en los bienes del General *l.5.tit.14.p.5.* Y no es dudable que quãdo se hizieron estos contratos, todos los bienes hereditarios de el General erã proprios de sus hijos, como sus herederos, y ellos como tales eran deudores de los acreedores hereditarios: y assi pudo su madre y tutora imponer nueuos tributos para extinguir los antiguos con pacto de subrogacion, o sin el, pues fue vtil a la hazienda, y a los mismos menores y herederos *l.pater filium, in princip.ff.de leg.3.vbi inquit Iuri∫consultus: Quod hæres qui possidet rem fideicommisso subiectam, quæ erat pro debito defuncti obligata, quod debitum ex bonis fideicommissum necessariò soluendum erat: potest soluto primo debito rem ip∫am fideicommisso subiectam nouis creditoribus pro eadem quantitate obligari.* Y aqui *Bartulo n.1.* aduierte, *Quod cùm bona fideicõmissi à principio pro hoc debito à defuncto procedente hypotheca ta essent, non mirum si pro eadem quantitate soluta prima possint denuò hypothecæ subijci, cùm ex hoc nullum præiuditium fideicõmissario irrogetur, nec hæres aliquid noui faciat, & hæc noua hypotheca ex causa antiqua necessaria procedat.* Tradit *D.Molin.de primogen.lib.1.cap.10.n.25.* dõde dize que este texto es singular para este intento *l.quid ergo.§.cõ-*

sequitur.

sequitur. ff. de contrar. & vtil. act. tutelæ, vbi dicitur, *Quod tutor potest pecuniam accipere sub vsuris pro pupillo si indiget. l. si pupillorum in fin. ff. de rebus eorum, vbi si prædium minoris ex contractu prædecessoris ei at hypothecatum sub vsuris, potest tutor soluendo primo, hypothecare secundo creditori sub vsuris leuioribus, vel similibus, & eius hypothecæ prioris creditoris ad sequentes transferre, etiam sine decreto*. Y aunque no estuuiessen hypothecados los bienes al primer acreedor. *d. l. si. pupillorũ. §. si obligauerit. l. si fundum. §. quamquam. ff. de rebus eorum*, latè cõprobat & tenet *Rodriguez de redditibus lib. 1. q. 14. ex. n. 15*. Y en el num. 20. dize que puede muy bien el tutor, *si pupillus ex facto paterno debet centum redditus ad rationem quatuordecimæ sub hypotheca speciali; & generali prædiorum imponere censum ad rationem decimæ septimæ, & subrogare nouum creditorem in hypotheca, & iure prioris creditoris*.

62 Y por esso de este contrato, como queda dicho, y probado, resultan dos hypotecas: la vna, del contrato nueuo: y la otra, del antiguo, si concurrieron en la subrogacion los requisitos necessarios: y si no concurrieron, no es dudable que es valida y subsistente la segunda hypoteca nueua, y el acreedor no solo lo es del heredero, sino de los mismos bienes hereditarios, que se los pudo hypotecar como dueño dellos; y concurriendo con otros acreedores del padre, y hereditarios, claro està que tendràn prelacion los del padre como mas antiguos, no auiendo subrogaciõ, pero no por esso dexaràn de ser hypotecarios verdaderamente los que contrataron con el heredero, pues passaron a el todas las acciones actiuas, y passiuas, y contratò como heredero, y hizo el negocio de la herencia, y assi pudo obligar y hypotecar los bienes en fauor de los nueuos acreedores.

63 Y quando no se les adquiriesse accion Real y hypotecaria, sino solo la personal, negotiorum gestorum (quod negamus) adhùc se les debe pagar la suerte principal, y reditos, por la misma accion en que vienen los interesses, y todo aquello con que la herencia fuit facta locupletior, como lo fue en quedar libre de los acreedores antiguos q̃ erã redituosas. *l. si cum mulier. 50. ff. de donationibus inter virum*, donde se dize, *quod mulier est facta locupletior quando ære alieno viri interventu liberata est, & debet solvere quod potuisset debere si pecuniam vir non solvisset. l. quid ergo. §. contrarium. ff. de contrar. tutela, & vtil. act.* ibi: *Consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumpsit etiam cum vsuris, sed vel trientibus, vel his quæ in regione obseruantur, vel quibus mutuatus est si necesse habuit mutuum, vt*

pupillo ex iusta causa prorogaret, vel hic à quibus pupillum liberauit: l. in contraria. 37. ff. de vsuris, ibi; *Et in contraria negotiorum gestorum actione vsuræ veniunt si mutuatus sum pecuniam, vt creditorem tuum absoluam, &c. l. at quin natura. 19. §. non tantum. ff. de negotijs gestis*, ibi; *Non tantum sortem, verumetiam vsuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio præstabimus, vel etiam quas percipere potuimus: contra quoq; vsuras, quas præstauimus, vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus, seruauimus negotiorum gestorum iudicio*: y aqui la glossa de Gotifredo, verbo, vsuras, dize; *Quod gestor negotiorum vsuras præstat quas percipere potuit, & vicissim debentur à domino ei vsuræ, quas ex pecunia sua percipere potuisset. l. liberto. 31. §. qui aliena. ff. eodem. l. ob negotium. 18. C. eodem*, ibi: *Ob negotium alienum gestum sumptum factorum vsuras præstari bona fides suasit. l. in bonæ fidei. 13. ff. de vsur.* ibi: *In bonæ fidei iudicijs quale est negotiorum etiam gestorum vsurarum rationem haberi certum est*, tradit *Rota Genuensis, in tract. de mercatura, decis. 197. num. 1. D. Valençuela Velazquez, cons. 134. num. 15. & seq. tom. 2. vbi plura allegat*; y por estos fundamentos el posseedor del mayorazgo puede imponer tributos nueuos para extinguir los antiguos, y obligar los bienes del mayorazgo.

64 Y aunque es disputado: Si es necessario facultad Real para esta nueua imposicion? Esta disputa procede quando el censo antiguo se impuso con facultad Real, no quando lo impuso el fundador por si: y aunque sea con facultad Real, toda via el q̃ redime tiene accion para que se le pague la suerte principal, y los reditos de los mismos bienes del mayorazgo, si no ay bienes y herederos del que lo impuso; assi lo refiere *Auendaño, de censibus, cap. 65. in fine*, por la dotrina del señor *Molina, dict. lib. 1. cap. 10. num. 25. cum seqq.* Ait *Auendaño: Imo quod magis est si forsam deficerent hæredes constituentis censum, poterit successor maioratum qui censum redemit, sortẽ & vsuras ab eisdẽ rebus maioratus recuperare, obligando rem ipsam nouis creditoribus, vel creando super eis absque noua licẽtia pro sorte, & vsuris redemptionis nouum censum.* Y con la mesma dotrina passa *Lima, ad Molin. dict. num. 25. & 26.* y dize, que si el que redimiô no tomô cessiô, ni adquiriò la hypoteca antigua, puede por la accion negot. gest. cobrar el principal y reditos de los bienes y herederos del imponedor, y del mismo mayorazgo.

65 Y en este caso estamos fuera de toda esta disputa, porq̃ aqui no se hypotecaron bienes de mayorazgo, porque nunca los

huuo

huuo conocidos;sino vna obligacion generica de 4U. ducados de renta, obligando los bienes: y asi todos fuerõ hereditarios, y el Vinculo nunca podia tener mas que vn derecho de acreedor (caso que valiesse) como los demas acreedores, y concurriẽdo seràn graduados por sus antelaciones. Con lo qual los herederos pudierõ justamente hypotecar los bienes, y imponer nueuos censos para extinguir los tributos antiguos, que eran acreedores hypotecarios, a que tambien estauã obligados los hijos, como herederos: porque por la acetacion quasi contratarõ con los acreedores del padre. *l. maleficijs. §. is quoque ff. de act. & obliga. l. fin. ff. de interrogat. actionib.* Y asi tenian obligacion de pagar las deudas hereditarias *l. 2. C. de hæred. actionib. Quia ingrediebantur in locum defuncti: authent. de iur. iurand. morient. præst. col. 5. Et ideo cõpelli poterant ad id omne, ad quod poterat defunctus, quia hæres debitoris etiam debitor est, à quo inuito debitum exigi potest: l. debitor. ff. de verb. signif. Non debet enim esse melioris conditionis hæres quàm defunctus si viueret. l. in his. §. non debet ff. de regulis iuris.* Comprobat, & exornat hæc omnia *D. Valençuela cons. 134. tom. 2. ex. n. 5. cum seqq.*

66 De esto resulta, que los hijos y herederos del General, pudieran justamente contratar, y hypotecar los bienes hereditarios, con las nueuas imposiciones, y subrogar en las hypotecas antiguas, de la misma manera que pudiera hazerlo su padre: y ex vtroque capite quedaron los bienes afectos con la hypoteca, como acreedores del mismo padre: y asi fue notorio agrauio el graduarlos por personales, y sin reditos, pues para ser hypotecarios y redituosos, no han menester la subrogacion, sino solo la prelacion.

67 Y tambiẽ fue agravio graduarlos en los bienes del General, en falta de bienes de doña Maria de Oçaeta, y sus hijos, pues como se ha dicho, son acreedores del mismo General, y sus bienes estàn hypotecados, como herencia, y patrimonio de los mismos hijos, y asi no ay que obligarlos a hazer excusiõ, pues ellos y su padre se consideran vn mismo deudor, y estos creditos se contraxeron para extinguir sus mismos acreedores: y no procede aqui la dotrina del que redime tributo del mayorazgo, que primero ha de excutir los herederos, y bienes libres del imponedor, porque como se ha dicho, aqui no ay bienes de mayorazgo, ni se extinguieron tributos del mayorazgo, sino de toda la herencia vniuersal, y el vinculo concurrirà con su

dito,como los demas acreedores en los bienes del Concurso.

68 Y en efeto el graduar estos acreedores por personales, y sin reditos, no haze ni deshaze nada para el derecho del vinculo, y los demas acreedores: porque si el vinculo es anterior, y se tiene por extante, no le importa que los posteriores sean hypotecarios o personales, pues nunca le pueden embaraçar si son posteriores: y assi el hazer personales los hypotecarios, solo redunda en prouecho de la heredera, porque aurà mas remanente. Pero esto tambien es infrutifero y de poca substancia; pues tambien viene a ser heredera de Doña Maria de Oçaeta y sus hijos, por ser hæres hæredis, y como tal ha de pagar estos mismos acreedores, como hypotecarios con reditos; pues estan graduados en los bienes de la susodicha y sus hijos; como hypotecarios y redituosos, y assi no es mas que rodear, pues el remanente ha de pagar siempre las deudas, y los reditos.

69 Y esta misma consideracion procede en el grado que preten de el vinculo de. 4U. ducados, porque aunque se le dè prelacion, tambien es infructifera, y solo de nombre, porq̃ no queda con esto vencido el derecho q̃ tienen para despues los acreedores por la transaccion, porque en graduandolos a todos como estan graduados, quedã executoriados por acreedores ciertos y legitimos contra los bienes de todos los deudores, y por la transaccion se obligaron la señora Doña Theresa, y Don Iuan de Vribe, a pagar todos los acreedores a que los bienes estuuiessen obligados, y esto no es dudable, porque la protesta no se hzo contra los desta calidad, sino contra aquellos a quien los bienes no estuuiessen obligados: y aunque se aya graduado el vinculo, y preferido como acreedor, es preciso que conforme a la transaccion vaya al remanente, para que se parta y diuida entre la señora Doña Theresa, y Don Iuan de Vribe, en la forma que dize la transaccion, y los acreedores por si son interesados en esta particion, y por cabeça de la heredera como su deudora, tambien lo son, y por ambos titulos pedirân la particion en execucion de la transaccion, y assi se resoluerâ el vinculo, y el grado que aora se le diere, pues este derecho no està vencido, ni se lo puede quitar la graduacion; y pues ha de venir a este paradero; justamente pretenden se euite este circuyto, mandando se guarde la transaccion, y graduando los acreedores entre si, para que cobren del cuerpo de todos

dos los bienes sin separacion; pues no auiendo vinculo, no es necessario, que se parta el remanente entre la señora Doña Theresa, y Don Iuan de Vribe, como dize la transaccion, y de esta manera todos cobraràn con breuedad, y se aorraràn los pleytos, que naceran de dar grado al vinculo, y separar los bienes, y entre tanto se consumirà la hazienda, y padeceràn tantas obras pias, viudas, y acreedores, que concurren en este Concurso, a que se ha de atender mas que a las pretensiones de la señora doña Teresa, y don Iuan de Vribe, q̃ no son acreedores, sino herederos transversales, que vienen con titulo meramente lucratiuo a lleuarse los bienes, en tan notable daño y perjuyzio de los acreedores que dieron su dinero, siguiendo el credito de los deudores, y sus bienes. Y assi esperamos se determine. Saluo, &c.

Licenc. Don Lorenço del Castillo y Gallegos.

dos los bienes sin separacion, pues no siendo vinculo, no es necessario, que separa el remanente entre la señora Ilo-ña Marcela, y Doña Juana de Verdes, como se hizo la transaccion, y de esta manera todos cobrarán con igualdad, y se escusaran los pleytos, que necessariamente se avian de seguir al vinculo, y separar los bienes, y entretanto se consumiria la hacienda, y padecerian tantas otras pias, viudas, y acreedores, que con razon en esto consulta que se ha de atender mas que a la pretension de la señora doña Marcela, y doña Juana de Verdes, que no son acreedores, sino herederas transversales que vienen a titulo meramente lucrativo a lleuarse los bienes, en tan conocido daño y perjuizio de los acreedores que tienen su dinero, y perdido el credito de los deudores, y sus bienes. Y assi lo espero se determine. Salvo, &c.